

Deliberazione n. 19 del 12 novembre 2014

Oggetto: Fascicolo 2261/2013 - Verbali di accordo bonario di ITALFERR SpA per i contratti di RFI in corso di esecuzione presso il "Nodo ferroviario di Genova-Voltri", "Nodo e stazione FS di Bologna" e infine "Raddoppio linea ferroviaria Caserta Foggia". Istruttoria d'ufficio prot.n.83481, del 10.09.2013

Il Consiglio

- Vista la deliberazione del Consiglio del 12-13 marzo 2014
- Vista la comunicazione di risultanze istruttorie prot.37208 del 24.03.2014
- Vista la relazione istruttoria prot.n.90884 del 19.8.2014
- Considerata l'audizione tenutasi di fronte al Consiglio in data 30 settembre 2014

Considerato in fatto

1. Premesse

Con nota prot.n.83481 del 10.09.2013 veniva avviato d'ufficio un procedimento ispettivo per la verifica degli accordi bonari di cui all'art.240 del d.lgs. 163/2006, posti in essere da ITALFERR per la risoluzione dei contenziosi sviluppatisi per i tre contratti in oggetto, al fine di evidenziare eventuali criticità delle procedure.

L'attenzione ai temi del contenzioso si fonda sul convincimento esperienziale secondo cui nell'accordo bonario emergono le principali disfunzioni degli appalti pubblici: dalla qualità della *lex specialis* e della progettazione, fino all'istituto delle varianti in corso d'opera. Infatti, nella determinazione della soppressa Avcp, n.5 del 30.05.2007, veniva segnalato lo stretto legame tra l'andamento anomalo del cantiere e il contenzioso.

Le conclusioni relative ai casi in oggetto sono state riportate nella relazione istruttoria prot.32261 dell'11.03.2014, approvata al Consiglio della soppressa Avcp nella seduta del 12-13 marzo 2014, verbale n.8, unitamente allo schema di "comunicazione di risultanze istruttorie" (in seguito CRI).

La CRI è stata inviata con prot.37208 del 24.03.2014; ITALFERR SpA ha fatto conoscere le proprie controdeduzioni con nota prot.49769 del 28.04.2014 e una relazione di analisi dettagliata, formulando altresì istanza di audizione; RFI ha controdedotto con nota prot.48589 del 23.04.2014, rinviando per i dettagli alla relazione ITALFERR.

In data 30 settembre 2014, come da richiesta a suo tempo formulata da Rfi/Italferr, si è svolta l'audizione delle Parti di fronte al Consiglio. I rappresentanti di Rfi/Italferr hanno riassunto le vicende principali dei tre accordi senza depositare ulteriori atti o memorie aggiuntive, e senza specifiche dichiarazioni a verbale.

Nel seguito sono riportate le osservazioni alle controdeduzioni di ITALFERR nonché, per ciascun appalto, un conciso quadro informativo, tenendo conto delle lievi (e ininfluenti) rettifiche operate da ITALFERR sui alcuni dati esposti nella CRI.

2. Nodo ferroviario di Genova-Voltri

In data 16.12.2009 RFI stipulava con il Consorzio stabile EURECA di Milano un contratto di € 272.871.948,08, allo scopo di migliorare la funzionalità del nodo ferroviario di Genova-Voltri, con la riduzione delle intersezioni a raso degli itinerari esistenti e la riduzione d'impatto con la Città. La gara si è conclusa il 10.12.2008 al netto del ribasso offerto del 25,7773 %, sulla base di un progetto esecutivo.

I lavori sono stati consegnati il 30.01.2010 e sono in corso di esecuzione. Il 21.09.2011 è stato sottoscritto un atto integrativo che ha elevato il contratto a € 281.218.540,51 (incremento di € 8.346.892,52).

L'appalto ha conosciuto un rilevante contenzioso pari al 30° SAL a € 302.744.122,00 che RFI, per il tramite di ITALFERR, ha risolto con le procedure previste dalla Parte IV del codice dei contratti pubblici, e in particolare con la nomina della Commissione di accordo (l'importo delle riserve era superiore al 10 % del contratto da eseguire; cfr. art.240, comma secondo, codice).

Alla data del 15.11.2011 di apertura del procedimento di concordamento bonario ex art.240 del d.lgs. 163/2006, era stato emesso il 16° SAL al 31.08.2011 per € 3.798.242,00. Alla data di chiusura dell'accordo del 10.07.2013, era stato emesso il 37° SAL per € 24.541.630,00, pari al 9 % circa del totale. L'importo delle riserve.

Quanto agli aspetti temporali del procedimento, la dilatazione del tempo di 90 giorni inizialmente concesso in conformità all'art.240 del codice, è riconducibile alle seguenti circostanze:

- a. disposizioni emanate a più riprese dal RP, affinché la Commissione valutasse le riserve via via iscritte dopo il conferimento dell'incarico (disposizioni del 18.07.2012 che elevava il SAL di riferimento delle riserve dal 16° SAL originario all'atto dell'incarico, di € 3.798.242,00, fino al 24 SAL di € 10.833.745,57, e disposizione del 7.01.2013, per aggiornare il SAL di riferimento

- delle riserve fino al 30 SAL, per lavori a tutto il 31.10.2012 per € 20.560.805,95);
- b. richiesta della Commissione (compreso il rappresentante dell'Appaltatore) di varie proroghe (in realtà veniva richiesta più di una proroga) ed una in particolare, il 30.11.2012, per tenere conto della emanazione del d.lgs. n.162 del 2012, recante la nuova disciplina del riutilizzo delle terre e rocce da scavo;
 - c. reiterate richieste di atti della Commissione;
 - d. ulteriori richieste (n.2) di proroga da parte della Commissione a causa del disaccordo dei tre Commissari a formulare una proposta economica unitaria dell'accordo da consegnare al RP per il prosieguo dell'iter di cui all'art.240 del d.lgs. 163/2006 e, si legge in atti, alla conseguente necessità di elaborare testi distinti dell'ipotesi di accordo (incombente quest'ultimo non richiesto né dalla norma, né dall'incarico conferito ai singoli membri, per quanto in atti).

A seguito dell'esame di 45 riserve (meno n.7 rinunciate dall'ATI esecutrice), i membri pervenivano alle seguenti e divergenti valutazioni economiche dell'ipotesi di accordo, a fronte di un ammontare di riserve pari al 30 SAL a € 302.744.122,00:

- a. proposta di accordo del Presidente della Commissione: € 23.148.151,00;
- b. proposta di accordo del membro designato dall'Appaltatore: € 50.644.579,00;
- c. proposta del membro designato da RFI: € 7.506.821,00.

Dunque, la Commissione mancava di pervenire a una proposta economica unitaria di accordo, di talché RFI trattava direttamente con il Consorzio (non ha delegato la Commissione), riconoscendo la somma di € 18.000.000,00, pari al 6 % dell'importo contrattuale, al 90 % del 37° SAL maturato all'epoca di chiusura del negoziato e a oltre il 470 % del 16 ° SAL risultante all'avvio del procedimento di risoluzione del contenzioso.

Allo stato dell'apertura della presente istruttoria, è stato emesso il 39° SAL a tutto il 30.09.2013 di € 27.144.366,57, con avanzamento effettivo di € 33.121.522, pari al 12 % circa del contratto; mentre, sotto il profilo temporale, alla data del 30.09.2013 si è registrato il 46 % circa del tempo contrattuale di 2.657 giorni, comprese le proroghe. Per inciso, rileva da un lato una produttività piuttosto bassa, dall'altro un sensibile sbilanciamento del rapporto "maturato economico dei lavori/tempo contrattuale trascorso", a significare la problematicità dell'appalto in esame.

Dal 5.11.2013 del 30° SAL, di chiusura dell'attività di esame della Commissione, sono state iscritte ulteriori riserve, dalla n.46 alla n.68, meno la n.62 rinunciata, la cui descrizione (sommariamente riportata negli atti) evidenzia motivazioni diverse da quelle esaminate nell'ambito del procedimento di accordo bonario in esame e per un importo complessivo, ad oggi, di circa 8 mln (es. maggiore onerosità di voci di prezzo, errate contabilizzazioni, incremento del gasolio, maggiori quantitativi di *spritz beton*, ecc .).

2.1. Sulla durata eccessiva del procedimento di accordo bonario

Con la CRI l'Autorità aveva rappresentato la durata eccessiva del procedimento di accordo bonario risultata pari a 477 giorni (salvo quanto in seguito), ben oltre i 90 giorni di cui al comma 5, art.240, del d.lgs. n.163 del 2006. Risultando così violata la *ratio* dell'istituto rinvenibile, come noto, nella risoluzione celere del contenzioso insorto a seguito dell'apposizione di riserve nel registro di contabilità; celerità, cui è attribuita la funzione di non ostacolare il regolare svolgimento del rapporto contrattuale, come già nelle previsioni dell'art.31-bis, della legge n.109/94. Infatti, pur se ai termini del procedimento non può essere attribuito il carattere decisamente perentorio, l'importanza dei medesimi è resa evidente dalle sanzioni previste in caso di superamento ingiustificato dei termini del comma 5 (durata di 90 giorni) e comma 13 (inerzia del RP alla nomina del componente di sua scelta), laddove la Commissione perde il diritto ai compensi spettanti per la prestazione e il RP ne risponde (quanto meno) sul piano disciplinare.

ITALFERR ha in primo luogo corretto da 475 giorni a 397 giorni la durata del procedimento (qui da intendere il tempo per la proposta distinta dei tre membri, non avendo raggiunto la Commissione una proposta economica condivisa di concordamento del contenzioso), spostando in avanti il termine da cui conteggiare l'operatività della Commissione: nomina del Presidente invece che designazione. Per giustificare la durata del procedimento di accordo, ha inoltre addotto ora "motivi di salute", ora un "periodo di ferie natalizie", nonché la complessità dei fattori in gioco e la differenza di valutazioni tra le Parti (due delle cinque proroghe hanno avuto come motivazione il disaccordo dei tre commissari a formulare una proposta unica da consegnare al RP); oltre alla mole documentale da analizzare, così in definitiva maturando 5 proroghe per complessivi 183 giorni.

Le suddette considerazioni non meritano condivisione. Tale ampio arco temporale, che ha coperto il 15 % circa della durata contrattuale pari a 2.657 giorni (comprensivi della variante), così dilatato sia dalla Commissione che dal RP (cfr. note dell'8.06.2012 n.ACO.0030199.12.U e del 18.07.2012, n.ACO.0037881.12.U), produce un aggiramento *de facto* della limitazione recata nell'art.240, secondo cui non sono esperibili più di due componimenti bonari nel corso della durata contrattuale. Diversamente opinando, sarebbe sufficiente accedere ad un primo accordo e poi procrastinarlo *ad libitum* : le due note del RP sopra richiamate, non recano alcuna motivazione e le stesse richieste della Commissione fanno parimenti sorgere perplessità, laddove le proroghe sono più volte reiterate per l'acquisizione di (ulteriori) atti. Segnatamente, una delle giustificazioni della proroga, volta a consentire alla Commissione gli approfondimenti sulle "recenti norme sulle terre da scavo" è infondata, tenuto conto che le riserve si riferiscono ai maggiori oneri già sopportati in base alla

disciplina vigente al momento in cui detti maggiori e diversi lavori sono stati effettuati. Infatti, una normativa sopravvenuta all'esecuzione dei lavori, non sembra possa influire sulle pretese già maturate dall'appaltatore, né si rinviene il carattere della retroattività nelle disposizioni transitorie recate dall'art.15 del DM 161/2012 (pag.6, u.p., Allegato 1 alla memoria ITALFERR).

In questa sede occorre appena richiamare le conseguenze della protrazione eccessiva dei tempi del componimento: infatti, sono state esaminate riserve "posteriori" a quelle iscritte nel SAL in cui ha avuto origine il procedimento, come meglio evidenziato in seguito.

2.2. Sull'ampiezza temporale dell'intervallo in cui sono state iscritte le riserve esaminate dalla Commissione

Nella CRI veniva sollevato un secondo aspetto critico della procedura quale diretta conseguenza della prolungata durata del procedimento: l'ampiezza dell'intervallo temporale in cui sono state iscritte le riserve esaminate dalla Commissione. Infatti, il comma 2, art.240, codice, stabilisce che i procedimenti di accordo " *riguardano tutte le riserve iscritte fino al momento del loro avvio* ", con esclusione di quelle " *ulteriori e diverse* " iscritte successivamente. Dunque non anche quelle iscritte nel corso di espletamento/raggiungimento dell'accordo. Mentre, le riserve esaminate sono risultate, oltre a quelle iscritte nel periodo che va dalla consegna dei lavori del 30.01.2010 al 30.10.2011 del 16° SAL (data di avvio del procedimento di accordo), anche quelle riserve iscritte fino al 31.10.2012 del 37° SAL, cioè ben oltre la data di avvio del procedimento di accordo bonario (sempre per espressa disposizione del RP).

Nella nota di controdeduzioni, ITALFERR ha precisato che, contrariamente a quanto affermato nella CRI, le disposizioni del RP alla Commissione sono state rivolte tutte a favorire una proposta di accordo bonario che tenesse conto dell'aggiornamento degli importi delle riserve formanti oggetto del procedimento sin dal suo inizio, mentre non hanno in alcun caso determinato l'estensione dello stesso procedimento a riserve iscritte successivamente al suo avvio (anche per espressa disposizione del RP). A comprova, è stato asserito che il procedimento di accordo ha avuto ad oggetto sempre le medesime 45 riserve presenti all'atto di avvio del procedimento, sebbene siano stati considerati gli aggiornamenti delle stesse (la n.62 non è stata considerata perché rinunciata). ITALFERR ha spiegato che l'estensione del procedimento di accordo agli aggiornamenti delle riserve iscritte dopo l'avvio dello stesso, era volto a conformarsi alle indicazioni fornite più volte dall'Autorità, secondo cui l'accordo non deve tradursi in accordo "parziale", limitato cioè alla risoluzione di alcune delle riserve iscritte, rinviando alla fase conclusiva dell'appalto una valutazione complessiva, ma deve assicurare, invece, la definizione delle cause che hanno originato le riserve in modo che tali cause non possano essere fonte di ulteriore contenzioso.

Anche tali considerazioni non sono condivisibili. Al riguardo, vi è da chiarire che un aggiornamento economico di una riserva precedentemente iscritta nel registro di contabilità non si differenzia da una " *ulteriore* " richiesta dell'appaltatore alla stregua di una " *distinta* " riserva; la sussistenza dei medesimi fatti generatori, nulla rileva a fini della distinzione tra vecchia e nuova riserva; semmai ciò deve rappresentare un forte impegno alla neutralizzazione delle cause. Non rileva quindi la circostanza che il numero delle riserve non aumenti formalmente rispetto al numero di riserve presenti all'avvio del procedimento, trattandosi, insomma, di una questione di " *tecnica contabile* " con la quale una pretesa attuale si inserisce nel filone generatore di una riserva precedentemente iscritta.

Altresì non è condivisibile la " *lettura* " della determinazione n.26 del 9.10.2002 dedotta da ITALFERR. La determina, riferita all'art.31-bis della legge 109/94 (odierno art.240 del d.lgs. 163/2006, novellato dal codice), laddove ha escluso che sia possibile pervenire ad un accordo "parziale", limitato cioè alla risoluzione di alcune riserve e rinviando alla fase conclusiva dell'appalto una valutazione globale delle altre, non ha fatto alcun riferimento a riserve per così dire "aperte". Si intendeva affermare che le riserve presenti non potevano essere divise tra quelle oggetto di accordo bonario e quelle da rinviare (per qualche motivo) alla fine dei lavori (quindi in sede di collaudo o di un altro accordo); non anche quelle future. Si tratta cioè di una impostazione, quella di ITALFERR, che, se seguita, avrebbe effetti paralizzanti sul componimento di qualsiasi contenzioso fino all'estinzione delle cause perché, una gran quantità di riserve sono in realtà soggette ad aggiornamento.

In conclusione, sul punto, nelle pronunzie dell'AVCP, anche se risalenti, e nella stessa filosofia del sistema normativo delineato nella Parte IV del codice dei contratti, la brevità dei termini della procedura dell'accordo bonario, è volta proprio a evitare il protrarsi delle situazioni di incertezza incidenti sulle maggiori pretese dell'appaltatore.

2.3. Sulle motivazioni delle principali riserve ammesse a ristoro

Nella CRI venivano rimarcate le tematiche delle riserve più importanti economicamente, riconducibili a due motivazioni principali:

- a. la consegna delle aree è avvenuta in modo frazionato nel tempo e difforme dal contratto, impedendo all'appaltatore di produrre quanto dovuto, soprattutto nella fase di impostazione iniziale; ciò per i vari gravami ancora esistenti sulle aree;
- b. stato dei luoghi non pienamente conformi al progetto esecutivo ed anche per le varie richieste manifestate dal Comune sul riuso di alcune aree.

Infatti, nella CRI veniva osservato che solo tre gruppi di riserve avevano generato il 94 % della

somma riconosciuta, come risulta dalla autonoma relazione di proposta di accordo del Presidente rimessa al RP, non dissimile nell'importo riconosciuto nella transazione Committente/Consortio esecutore:

- il 13,3 % (riserva n.1 per € 2,88 mln riconosciuti) per anomalo andamento dovuto alla indisponibilità e inaccessibilità delle aree di cantiere alla consegna dei lavori (disponibilità delle aree alla consegna, di molto inferiore all'80 % prevista nei patti contrattuali); ammessa dalla direzione dei lavori;
- il 70,4 % (riserve n.16, n.17, n.18 e n.19 per complessivi € 15,1 mln riconosciuti) anomalo andamento fino al SAL n.5, sempre per indisponibilità delle aree dopo la consegna e aspetti secondari nello scavo delle gallerie ecc.; ammesse dalla direzione dei lavori;
- il 18,3 % (riserva n.34 per € 3,96 mln riconosciuti) per il Piano di gestione delle terre e rocce da scavo, e in particolare i maggiori costi dovuti all'impraticabilità del recapito nelle aree indicate nel progetto esecutivo e per la diversa classificazione dei materiali a seguito del citato decreto, da terre da scavo a rifiuti speciali; ammessa dalla direzione dei lavori.

Sul punto, la CRI concludeva rilevando la violazione dell'art.106, comma 1, dPR n.207/2010, secondo cui il direttore dei lavori ha l'obbligo di assicurare e certificare già in sede di validazione della progettazione l'accessibilità alle aree, l'assenza di impedimenti e la realizzabilità delle opere, ecc. (cfr. art.54, comma 7, dPR 207/2010). Si evidenziavano altresì le violazioni di una serie di precetti inerenti la progettazione preliminare e di livello successivo, segnatamente in tema di opere e impianti interferenti, sussistenza dei pareri degli Enti interessati, piani di esproprio, occupazione delle aree di cantiere e accessi, conferenze dei servizi, ecc., recate nel d.P.R. n.207/2010 (cfr. a titolo indicativo: art.53, co.3; art.54, co.7, art.154, co.1, lett.c); art.155, co.3; art.54, co.7, del dPR n.207/2010); cioè di una serie di norme volte ad assicurare, tra l'altro, l'assenza di impedimenti all'atto della consegna del contratto (l'amministrazione aggiudicatrice è sempre soccombente all'anomalo andamento dei lavori).

ITALFERR ha contestato *in primis* la riconducibilità all'asserita difforme consegna delle aree e/o conformità dello stato dei luoghi. La tematica è solo parzialmente afferente alla riserva n.1, la quale assume peraltro un'importanza marginale. Inoltre, ITALFERR ha obiettato che non vi era un obbligo tassativo di consegnare l'80 % delle aree di lavoro all'atto della consegna, bensì poteva consegnarsi anche una superficie minore purché tale da assicurare il regolare svolgimento dei lavori. Infine ha obiettato che ai "settori speciali" (cfr. Parte III del d.lgs. 163/2006), nei quali ricadono le opere di cui trattasi, non si applicano gli articoli del dPR 207/2010 evidenziati nella CRI sulla bontà della progettazione; ad eccezione dell'art.106.

Anche tali considerazioni non meritano condivisione. Basta riportarsi alla citata relazione del Presidente della Commissione di accordo bonario. In ordine alla riserva n.1, dopo aver argomentato sulla carenza della progettazione e delle aree alla consegna e del dovere di cooperazione dell'Appaltatore, il Presidente rilevava che il Committente non aveva adempiuto all'obbligo di consegna delle aree e che le giustificazioni della Direzione dei lavori erano prive di pregio; inoltre la Convezione non prevedeva la possibilità di una consegna frazionata dei lavori/aree che, quindi, interveniva per le vie di fatto e in violazione delle previsioni contrattuali. Il Presidente rimarcava che non poteva aderire alle considerazioni del Direttore dei lavori, laddove il medesimo sosteneva che l'Appaltatore, trovatosi nell'impossibilità di utilizzare le aree di cantiere individuate nel progetto esecutivo in via meramente indicativa, avrebbe dovuto reperire altre aree di cantiere. Concludeva rilevando che il Committente si era reso inadempiente al proprio obbligo di consegna delle aree.

In ordine al gruppo n.16, n.17, n.18 e n.19, riconducibili come detto all'anomalo andamento dei lavori, il Presidente, tenuto in debito conto talora dell'inerzia e della mancata cooperazione dell'Appaltatore nella limitazione degli effetti negativi prodotti dalle difformità delle situazioni di fatto, principalmente o esclusivamente per la mancata consegna delle aree, quale espressione dei doveri dell'art.1227 del CC e della professionalità richiesta all'Appaltatore, riconosceva l'imputabilità al Committente rispettivamente del 100 %, 60 %, 50 % e 40 % (nei vari lotti). Circa la riserva n.34, in estrema sintesi, la relazione conveniva con la tesi documentata dall'Appaltatore secondo cui nessuno dei 4 siti per il conferimento delle terre e rocce da scavo indicati nel progetto esecutivo era effettivamente disponibile; quindi, l'impossibilità dell'Appaltatore di eseguire quanto progettualmente previsto nel Piano delle terre e rocce da scavo del progetto esecutivo, rendeva necessario riconoscere i maggiori costi sostenuti.

Circa infine l'inapplicabilità ai "settori speciali" degli articoli del d.P.R. 207/2010 sulla qualità della progettazione, è da precisare che nella CRI si è fatto riferimento ai precetti recati in detti articoli: a significare che la loro inapplicabilità formale ai settori speciali, giammai autorizza progettazioni e validazioni lacunose. Del resto, l'art.2, comma 1, d.lgs. 163/2006, da applicare ai contratti pubblici senza distinzione di sorta, prevede il rispetto, tra gli altri, del principio di economicità, rispetto perseguibile anche e soprattutto con una progettazione conforme ai canoni dettati dal Regolamento. Si ribadisce comunque il mancato rispetto dell'art.106 del d.P.R. 207/2010 (verifica degli impedimenti prima della consegna dei lavori).

2.4. Sulla negoziabilità dell'accordo in mancanza di un parere comune della Commissione

Come più volte accennato, la Commissione di accordo non è giunta ad una proposta condivisa, bensì ha formulato tre distinte proposte (cfr. n.2.1). Alla mancanza di una proposta unitaria, la stazione appaltante RFI (non ITALFERR come imprecisamente indicato nella CRI), ha sopperito con la negoziazione diretta con il Consorzio esecutore dei lavori, pervenendo ad un accordo di € 18.000.000. L'accordo sottoscritto non reca motivazioni di sorta sui motivi di accoglimento delle n.45 riserve e ammontare relativo, né fa riferimento ad una o all'altra delle proposte economiche: tuttavia, data la prossimità della somma riconosciuta con quella espressa nella relazione di accordo proposta dal Presidente, comunque molto divaricata da quella del proprio rappresentante di Parte, appare ragionevole ritenere che RFI abbia avuto a riferimento le valutazioni espresse nella relazione medesima, salvo un ulteriore riduzione delle somme riconosciute dal Presidente della Commissione.

Riguardo all'ammissibilità di tale irrituale procedura, estranea all'art.240 del d.lgs. 163/2006, sono da esaminare due profili. Un primo, per osservare che l'assenza di una conclusione condivisa equivale al fallimento dell'attività della Commissione, come se non vi fosse stato alcun accordo. A ciò sarebbe dovuto seguire il rinvio del contenzioso ai patti contrattuali, essendosi ormai esaurito infruttuosamente il procedimento di accordo, con il ricorso al giudice ordinario oppure a un collegio arbitrale in relazione alla clausola compromissoria prevista nel contratto.

Un secondo aspetto che inficia la legittimità della procedura è l'assenza di motivazione dell'accordo; l'importo allineato alla proposta del Presidente della Commissione non lo pone al riparo da possibili obiezioni, poiché sussiste pur sempre un'altra proposta di accordo del membro rappresentante di RFI molto più vantaggiosa per l'amministrazione appaltante. Risulta comunque singolare che il Consorzio abbia accettato un'offerta al ribasso, che la stessa Commissione non ha saputo/potuto raggiungere poco prima; singolarità sulla quale non si può fare luce.

Anzi, nell'accordo RFI-Consorzio, si rinviene una formula con la quale l'Appaltatore rinuncia, oltre che alle riserve da n.1 a n.45, anche "ai relativi aggiornamenti": ciò però contrasta con quanto dichiarato da ITALFERR a proposito della durata del procedimento e cioè di dover attendere, per la chiusura del procedimento di accordo, "...la definitiva composizione della cause che hanno originato le riserve oggetto del procedimento...". In altre parole, diversamente da quanto rappresentato nella memoria di controdeduzioni di ITALFERR, è stato necessario interrompere "artificialmente" gli effetti perduranti delle cause dell'anomalo andamento dei lavori: dunque, se l'accordo fosse stato raggiunto prima, il contenzioso sarebbe stato più ridotto e così le somme riconosciute.

Da tali ultime considerazioni, si conferma l'importanza della *ratio* sottesa dal termine breve di 90 giorni; peraltro, come già accennato, il termine non può dirsi propriamente ordinatorio, laddove, come dinanzi richiamato, nell'art.240 del codice dei contratti pubblici, modificato rispetto all'art.31-bis della legge n.109/94, in caso di superamento del termine di 90 gg sono previste sia la responsabilità disciplinare per il RP, sia la revoca del diritto della Commissione a percepire il corrispettivo pattuito.

3. Nodo ferroviario di Bologna

Il contratto di € 21.606.064,57 del 13.01.2010 con l'ATI CLF SpA - SIFEL, al netto dello 0,85 % sulla base di un progetto esecutivo, veniva affidato da RFI ai sensi dell'art.220, art.224, co.1, lett.b), e art.232 del d.lgs. n.163 del 2006, per l'esecuzione dell'armamento ferroviario e Trazione Elettrica delle nuove gallerie sottopassanti il Nodo di Bologna e altri lavori ausiliari. Nel periodo di concordamento bonario, veniva sottoscritto un atto integrativo in data 14.05.2012 che elevava l'importo contrattuale a € 23.306.064,57, con un incremento di € 1.700.000,00. Dopo la variante n.13, l'importo del contratto ammonta a € 33.249.626,76.

Alla data di avvio del procedimento di concordamento del 17.01.2012 (consegna del 17.03.2010), era stato emesso il 14° s.a.l. per € 17,51 mln pari all'81,8 % del totale; alla data di chiusura dell'accordo del 15.07.2013, era stato emesso il 25° s.a.l. per € 32.493.098,32 mln pari a circa il totale contrattuale.

Quanto agli aspetti temporali del procedimento, dagli atti originariamente inviati si è rilevata una vistosa dilatazione del termine di 90 giorni (ordinatorio) inizialmente concesso, dilatazione dovuta a varie circostanze riassumibili come segue:

- a. le disposizioni emanate dal RP affinché la Commissione, costituita il 7.03.2012, valutasse le riserve via via iscritte dopo il conferimento dell'incarico;
- b. dilatazione temporale con la quale la Direzione dei lavori e la Commissione di collaudo (qui costituita), hanno inviato le rispettive relazioni riservate in data 2.10.2012 e 5.10.2012;
- c. la richiesta della Commissione di due proroghe per l'esame di documentazione integrativa richiesta dalla medesima.

La proposta di accordo veniva formulata al RP il 15.02.2013 e ITALFERR chiudeva l'accordo il 15.07.2013 riconoscendo la somma proposta dalla Commissione di € 1.311.777,43 e la rinuncia dell'ATI CLF alle riserve 1, 2, 4 e 6.

Nel complesso sono state iscritte n.6 riserve; la n.1 di € 2,63 mln, n.2 di € 0,31 mln, n. 4 di € 4,6 mln e n.6 di € 1,5 mln, sono state rinunciate in quanto afferenti questioni relative alla progettazione, alle quali è stata data soluzione con l'atto integrativo dinnanzi citato (riprogrammazione dei tempi di

consegna dei binari pari e dispari, maggiori oneri della sicurezza, maggiori lavorazioni come principalmente pietrisco, ecc.).

Dopo la sottoscrizione dell'accordo non sono state iscritte altre riserve. L'accordo ha riguardato solo le riserve n.3 e n.5.

3.1. Sulla durata del procedimento di accordo

Anche nel caso in esame, nella CRI, è stata evidenziata l'eccessiva durata del procedimento, laddove ha coperto gran parte del tempo di esecuzione dei lavori e ben oltre i 90 giorni dell'art.240 del codice (circa l'ultimo anno del tempo contrattuale, dal gennaio 2013 all'ultimazione del 30.11.2013).

ITALFERR ha spiegato che il mancato rispetto del termine di 90 gg è dovuto, in gran parte, alla necessità di attendere le soluzioni tecniche di alcune varianti in corso d'opera, nell'ambito delle quali andavano a confluire le riserve nn.1, 2, 4 e 6, che quindi uscivano dall'accordo. Tali varianti hanno comportato lo slittamento di tutti i termini. Conseguentemente, anche le relazioni riservate della direzione dei lavori e della commissione di collaudo sono state inviate con ritardo.

3.2. Sulla estensione del procedimento di accordo

Anche nel caso in esame, nella CRI, è stato evidenziato l'esame delle riserve iscritte anche successivamente alla costituzione della Commissione di accordo bonario.

ITALFERR ha contro dedotto che la Commissione ha esaminato solo l'aggiornamento di riserve e non altre successive riserve.

Si rinvia a quanto già argomentato al n.2.2, non potendosi condividere quanto rappresentato da ITALFERR.

3.3. Sulle motivazioni delle riserve n.3 e n.5 ammesse a ristoro

Nella CRI, si evidenziava che le riserve n.3 e n.5 riconosciute in parte (entrambe ritenute fondate dalla DLL e dalla Commissione di Collaudo), sono riconducibili al ritardo nella consegna delle aree e alle conseguenti difficoltà di accesso al cantiere che, a loro volta, hanno determinato una ridotta produzione dell'Appaltatore indennizzata in ragione delle maggiori spese generali, ridotto utile e maggiori ammortamenti (importi valutati dal Direttore dei lavori secondo gli usuali algoritmi e fatti propri dalla Commissione di accordo).

ITALFERR ha spiegato che l'appalto in esame è stato rallentato dal ritardo maturato da un altro appalto in corso di esecuzione, a sua volta reso problematico da imprevisti geologici. Pertanto si sono dovuti ritardare i lavori della galleria, ecc.

Le motivazioni addotte meritano condivisione e pertanto vengono anche meno le obiezioni in ordine al mancato rispetto dell'art.106 del DPR 207/2010 e dei suoi precetti in ordine alla qualità della progettazione.

4. Raddoppio linea ferroviaria Caserta-Foggia

Il contratto di € 137.724.521,41, divenuto di € 153.849.670,68 a seguito di varianti in corso d'opera, è stato affidato all'ATI Consorzio Stabile T&T srl - IPA PRECAST Spa - FERSALENTO SrL, mediante l'appalto integrato semplice con bando risalente al 2004, per la costruzione del raddoppio della tratta Cervaro-Bovino nella linea Caserta-Foggia, comprese le stazioni di Ponte Albanito e Bovino (ribasso di aggiudicazione 17,0551 %).

La consegna è avvenuta l'11.05.2005; lo stato di avanzamento si attesta al 65 % circa del contratto.

In data 14.07.2008 era stato avviato un primo accordo bonario di € 7.662.000,00 a fronte di riserve totali di € 25.701.463,51. L'accordo ha riguardato le riserve iscritte fino alla 9 compresa (riserve iscritte a tutto il 29.02.2012, 40° SAL).

La Commissione è stata costituita il 17.07.2012 (data di nomina del Presidente); le riserve iscritte vanno dalla n.10 alla n.56 (meno quelle rinunciate), per un totale di € 65.378.186,19. Il procedimento di accordo bonario è stato avviato nel giugno 2012 (43° SAL a tutto il 31.05.2012 per € 72.614.766,92). Il 21.03.2013, la Commissione di accordo ha comunicato al RP di non aver raggiunto l'accordo essendosi differenziate le posizioni dei membri in modo non componibile.

L'accordo è stato raggiunto da ITALFERR con verbale del 10.05.2013 (SAL 51° a tutto il 31.05.2013, per € 95.992.390,70) per un importo di € 4.800.000,00.

4.1. Sulle criticità del procedimento di componimento

Nella CRI sono state rilevate le medesime criticità dinanzi evidenziate: la durata anomala del procedimento, ben oltre i 90 giorni di cui al comma 5, art.240 del d.lgs. 163/2006; la divaricazione delle valutazioni dei tre membri della Commissione e il nulla di fatto; l'intervento ex post della committente RFI nella definizione della controversia.

ITALFERR, ha reiterato le argomentazioni già esaminate nei due procedimenti di accordo, nell'ordine:

- I maggiori termini si giustificano per la complessità dei temi da valutare;
- Tra le motivazioni delle riserve, vi sono anche le prescrizioni emanate dalla Soprintendenza, dalla Provincia di Foggia e da altre esigenze di aggiornamento delle previsioni originarie della

Committente;

- Le questioni esaminate dopo la costituzione della Commissione, sono limitate all'aggiornamento delle riserve precedentemente iscritte.

Valgono anche in tal caso le valutazioni dinanzi svolte per i procedimenti di componimento. Si rileva peraltro un ruolo negoziale del Presidente della Commissione il quale, dopo il mancato accordo in seno alla Commissione, ha elaborato un'ulteriore relazione di proposta. Risulta inoltre evidente la permeabilità che il procedimento di componimento ha avuto nei riguardi della tematica delle varianti, della rinuncia alle riserve, ecc., a rafforzare la tesi di un processo (impropriamente) transattivo e non di accordo bonario.

4.2. Sulle motivazioni del contenzioso

Anche in tale procedimento le riserve riconosciute riguardano oneri per andamento anomalo dei lavori (sospensioni parziali, eventi metereologici, soggezioni all'esercizio, anomalo andamento, ecc.). Altre riserve sono invece confluite nelle varianti, come si apprende dal testo dell'accordo economico.

5. Le controdeduzioni di RFI

Anche RFI ha rigettato integralmente le considerazioni della CRI. In particolare:

- a. Il prolungamento dei tempi del procedimento è dovuto a situazioni fattuali di notevole complessità, mentre il tempo di 90 giorni è astrattamente generico e non congruo per opere di notevole rilievo economico;
- b. Tutte le riserve oggetto di procedura di accordo bonario sono state iscritte prima dell'attivazione della procedura, mentre in seguito sono stati esaminati solo gli aggiornamenti nei vari SAL;
- c. L'anomalo andamento dei lavori è stato causato da eventi fattuali i cui maggiori tempi e costi non sono dipesi dalle dirette responsabilità della Committente RFI;
- d. Le proroghe dei tempi della Commissione sono ugualmente da ricondurre alla complessità tecnica e giuridica delle riserve.

Considerato in diritto

Un primo aspetto critico si rinviene nella procedura ibrida seguita per giungere al componimento del contenzioso relativamente ai contratti del "Nodo ferroviario di Genova-Voltri" e del "Raddoppio della linea Caserta Foggia".

In primo luogo, il verbale di accordo bonario sottoscritto da Rfi e dai rispettivi appaltatori, non può essere qualificato tale. I contrasti interni alla Commissione sul riconoscimento dei compensi, hanno comportato il mancato raggiungimento di una proposta unitaria della commissione medesima: quindi il fallimento dell'accordo. Non basta infatti la qualificazione dell'atto data dall'Amministrazione (*nomen iuris*), ma occorre tener conto della sua natura sostanziale. In definitiva, non si può definire accordo bonario ex art.240 una definizione delle pretese dell'appaltatore quando non vi è una proposta della Commissione su cui si siano pronunziate le Parti (art. 240, comma 12, codice). Nondimeno, Rfi ha utilizzato i dati e le valutazioni raccolti nella procedura di accordo bonario, per stipulare una transazione ex art.239 del d.lgs. 163/2006. Ciò però, senza rispettare il dettato del secondo e terzo comma dell'art.239: è mancata sia la proposta di transazione dell'aggiudicatario, sia il parere legale dell'Avvocatura o del Funzionario responsabile del contenzioso (per quanto in atti). Da rilevare che la figura deputata al rilascio dei pareri in parola, deve comunque possedere prerogative di terzietà: giammai può trattarsi di soggetti che abbiano preso parte direttamente o indirettamente all'intervento, per l'insorgere di un evidente conflitto d'interessi. Quindi, la valutazione espressa dal presidente della commissione, professionista esterno all'Ente aggiudicatore, oppure da un referente dell'Ente stesso, non si può considerare succedaneo al parere da rilasciarsi ex art.239, comma secondo, del d.lgs. 163/2006.

In definitiva, il percorso logico-giuridico seguito da Rfi/Italferr non è risultato chiaro e coerente con il dato normativo in commento. Si legge in atti di ripetuti incontri tra le parti e in un caso (Caserta-Foggia) anche dell'interessamento del RP per elaborare approfondimenti "sulle considerazioni del presidente della commissione". L'importo dei compensi convenuti, anche se grosso modo allineati alla proposta del presidente della commissione, in realtà poco al disotto, non pone la stazione appaltante al riparo da obiezioni sulla legittimità delle procedure. Infatti, sussisteva pur sempre un'altra proposta di accordo del membro rappresentante di Rfi, che prevedeva un valore economico molto più contenuto, ritenuta dal medesimo rappresentante di Rfi evidentemente tanto fondata e "insuperabile" da comportare finanche il fallimento dell'accordo. Circostanza grave, per la forte divaricazione tra i compensi riconoscibili e quelli riconosciuti.

In ogni caso, seppure si volesse considerare con favore la vicinanza dei valori riconosciuti da Rfi in sede di incontri finali con l'appaltatore, con i valori economici proposti nei due casi dal presidente, nel verbale di accordo sottoscritto è mancata comunque una motivazione anche solo *per relationem* con la proposta del Presidente medesimo (per quanto documentato in atti) nonché, come dinanzi sottolineato, l'accordo è risultato sprovvisto di qualsiasi riferimento a una valutazione legale sulla convenienza dell'operazione (di un soggetto terzo).

In conclusione, sul punto, la procedura ha posto in evidenza gravi violazioni dei principi di trasparenza; né sembra provata la convenienza di Rfi a sottoscrivere un accordo così lontano dai

compensi proposti dal membro di fiducia in senso alla commissione.

Un secondo aspetto critico, risiede nella durata abnorme del procedimento di componimento del contenzioso rispetto al tempo di 90 giorni previsto nell'art.240, comma 5, del d.lgs. 163/2006. Ciò si pone in contrasto con la *ratio* dell'istituto, che è quella di comporre celermente il contenzioso già cristallizzato, onde evitare il protrarsi delle situazioni che hanno generato le pretese dell'appaltatore; il contrario di quanto si sia registrato nei casi in esame, dove si è consentito il perdurare delle cause originarie del contenzioso (aggiornamento delle riserve). Quanto alle giustificazioni che sono state adottate per la concessione delle proroghe alle Commissioni, queste appaiono in generale poco convincenti, sia quando hanno fatto riferimento alla complessità delle questioni da esaminare, sia per le altre ragioni contingenti dinanzi riportate come la "malattia", la richiesta di "atti più dettagliati", "sopralluoghi", l'attesa di "varianti nelle quali far confluire alcune pretese", ecc.; parimenti infondata la necessità di "approfondire le norme tecniche", laddove una norma sopravvenuta non può influire sulle pretese eventualmente già maturate dall'appaltatore.

In sostanza, la dilatazione temporale dei procedimenti, potrebbe costituire *ex se* un aggiramento del limite massimo di due procedimenti esperibili a mente del comma 2, art.240 del codice, potendosi coprire in tal guisa un ampio lasso del tempo contrattuale. In altre parole, una durata eccessiva del procedimento lo fa tralignare in una sorta di "collaudo in corso d'opera", con effetti impropri sull'esecuzione del contratto: le varianti potrebbero essere accettate o meno in dipendenza dell'esito dell'accordo, ecc. Mentre il procedimento di accordo deve rimanere impermeabile all'andamento dei lavori, trattandosi per definizione di contenzioso già maturato in fatto e in diritto.

Una terza questione riguarda l'esame delle riserve iscritte dopo l'avvio del procedimento di accordo. La giustificazione di dover attendere l'aggiornamento del valore economico delle riserve iscritte non è accettabile. In primo luogo perché Rfi si è basata su di una lettura non appropriata della determina dell'Autorità n.26/2002 (cfr. 2.2.), la quale non prescriveva di attendere il consolidarsi di tutte le questioni aperte al momento dell'accordo; bensì, si limitava ad affermare che le riserve presenti all'avvio del procedimento di accordo, non potevano essere divise tra quelle oggetto di accordo bonario e quelle la cui risoluzione fosse rinviata alla fine dei lavori. Peraltro, la tesi di Rfi, è risultata sul punto anche contraddittoria laddove, nell'accordo vertente sul raddoppio Caserta-Foggia, si legge sia di riserve "non risolte" in un precedente accordo bonario e quindi confluite nell'attuale, sia di altre riserve rinviate al collaudo finale delle opere. Il contrario di quanto sostenuto per giustificare le riserve aggiuntive esaminate nell'accordo Genova-Voltri.

In secondo luogo, perché si tratta pur sempre di nuove e distinte riserve: l'attesa dell'incremento economico delle riserve, aumenta il contenzioso a dismisura fino a quando non si decide di chiuderlo, mentre dovrebbe essere estinto subitaneamente in aderenza alla *ratio* dell'istituto dell'accordo bonario. L'interruzione degli aggiornamenti è stata introdotta pattizamente (cfr. 2.4); quindi se fosse stata anticipata non avrebbe consentito la lievitazione del risarcimento. Diversamente argomentando, con la concessione di ripetute proroghe al termine di 90 giorni, si finirebbe col rovesciare radicalmente l'impostazione della disciplina dell'accordo bonario, che diverrebbe invece uno strumento improprio di controllo dell'appaltatore. Inoltre è da rilevare che, la disponibilità a procrastinare gli effetti di vecchie riserve ("aggiornamento" delle riserve), rafforza, nei casi esaminati, la natura transattiva degli accordi posti in essere da Rfi/Italferr, e ciò riporta l'attenzione sulla mancanza di una proposta dell'aggiudicatario e di una valutazione legale di un soggetto terzo ex art.239, co.2, del d.lgs. 163/2006.

Un ultimo delicato profilo riguarda le conseguenze della procedura ibrida seguita. L'art.240, comma 16, del d.lgs. 163/2006, prevede che in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario, possano essere aditi in alternativa gli arbitri o il giudice ordinario (in dipendenza della clausola compromissoria del contratto di appalto). Mentre, come dinanzi descritto, la procedura seguita in concreto, ha affrancato l'Ente aggiudicatario sia dal rinvio alla clausola compromissoria del contratto, sia dall'obbligo di un parere legale sulla transazione (da proporsi a cura dell'aggiudicatario e non della stazione appaltante). Il tutto verosimilmente a vantaggio dell'appaltatore: infatti, Rfi, da un lato ha corrisposto un compenso ben superiore a quello originariamente individuato dal proprio membro di fiducia in seno alla commissione, dall'altro, la transazione non ha ricevuto vagli "esterni" se non latamente surrogatori a quelli stringenti previsti dal codice dei contratti pubblici (o il parere di una commissione o di un legale preposto al contenzioso).

Da ultimo, sotto il profilo meramente tecnico, è emersa la natura sistemica delle cause delle riserve: anomalo andamento dei lavori per indisponibilità delle aree, ecc. Le motivazioni delle riserve riconosciute, hanno perciò evidenziato un deficit nell'applicazione di una serie di norme tese ad assicurare la qualità del progetto e soprattutto l'assenza d'impedimenti all'atto della consegna del contratto ed *in primis* dell'art.106 del dPR n.207/2010; disfunzioni che hanno comportato il pagamento d'ingenti somme per anomalo andamento dei lavori.

Quanto all'accordo bonario relativo al contenzioso nei lavori di costruzione del "Nodo ferroviario di Bologna", le disfunzioni rilevate sono apparse più contenute e giustificate dall'interferenza dell'opera con le lavorazioni previste in un distinto contratto.

Tutto ciò premesso,

Il Consiglio

1. Approva la presente delibera alla luce delle considerazioni che precedono;
2. Rileva che la procedura seguita da Rfi/Italferr per il componimento del contenzioso in corso

d'opera nei contratti "Nodo ferroviario di Genova-Voltri" e "Raddoppio della linea Caserta Foggia", si pone in contrasto con gli artt. 239 e 240 del d.lgs. 163/2006 laddove essa, susseguendo al fallimento di un accordo bonario, si è affrancata sia dal rinvio alla clausola compromissoria sia dall'obbligo di un parere legale di un soggetto terzo sui compensi riconosciuti;

3. Rileva altresì che la procedura seguita da Rfi/Italferr è connotata da un deficit dei principi di trasparenza di cui all'art.2, comma 1, del d.lgs. 163/2006, da applicarsi anche nella fase di esecuzione dei contratti nei settori speciali;
4. Dispone l'invio della presente delibera alla Direzione Generale VI.CO (confluita nell'Area "Vigilanza e sistemi di qualificazione") affinché, relativamente ai contratti "Nodo ferroviario di Genova-Voltri" e "Raddoppio della linea Caserta-Foggia", trasmetta la presente a: Rfi; Italferr; Procura della Repubblica e Procura della Corte dei Conti competenti per territorio;
5. Rileva che le disfunzioni dell'accordo bonario relativo al contenzioso nel "Nodo ferroviario di Bologna", sono apparse giustificate e pertanto il procedimento di vigilanza è da intendere definito senza ulteriori rilievi e misure;
6. Invita Rfi ed Italferr, per quanto di rispettiva competenza, a far conoscere le misure che in futuro saranno applicate per la risoluzione del contenzioso in stretta coerenza con il d.lgs. 163/2006, nonché per ovviare alle carenze progettuali ricorrenti che comportano l'esborso in corso d'opera di rilevanti indennizzi agli appaltatori.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato in Segreteria in data: 20 novembre 2014

La Segretaria
Maria Esposito